

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Emil Kawa

Członkowie: Ernest Klauziński

---

Beata Konik

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021r. przez

Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział/Kielce ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce;

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1) Firma Inżynierska ARCUS sp z o.o. sp. k. ul. Kuźnicy Kołtątajowskiej 17i/37, 31-234 Kraków,
- 2) SAFAGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'He, 92022 nanterre CEDEX Francja;
- 3) ZBM Spółka Akcyjna ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa
- 4) B-Act sp z o.o. ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz
- 5) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,
- 6) Multiconsult Polska Sp. z o.o. ul. Bonifraterska 17 00-203 Warszawa
- 7) ECM Group Polska SA, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa

Orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

Sygn. KIO 3476/21

#### UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie - Oddział Kielce ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S 74 Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)", nr postępowania O.Ki.D-3.2413.12.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 201-524020. Przedmiotem postępowania są usługi. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Postępowanie znajduje się na etapie udostępnienia wykonawcom treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). W dniu 29 listopada 2021 roku Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na projektowane postanowienia umowy w zakresie treści § 6 pkt 9 dotyczącego zakresu, w jakim ustalono maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji wynagrodzenia konsultanta na poziomie (+/-) 10%.

Przed przedstawieniem stanu faktycznego sprawy wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie odwoławcze jest drugim postępowaniem dotyczącym treści § 6 pkt 9 projektowanego wzoru umowy. Odwołujący w zakresie wskazania interesu do złożenia przedmiotowego odwołania podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 Pzp, gdyż jest wpisany na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp, a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści projektowanych postanowień umowy stanowiących element dokumentów zamówienia. Mając na uwadze, iż przedmiotem zamówienia jest nadzór nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem, odwołujący dąży do zmiany projektowanych postanowień umowy w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mającej na celu ustalanie warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, co wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 2 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania. Zachowanie aktualnej treści projektowanych postanowień umowy prowadziłoby do utrzymania nieuzasadnionej potrzebami zamawiającego - uprzywilejowanej pozycji zamawiającego z rażącym naruszeniem zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp - poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego konsultantowi, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania usługi w 6-letnim okresie obowiązywania umowy, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych konsultantów oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia konsultanta poprzez narażenie go na straty wynikające z realizacji usługi za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia usługi.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia § 6 ust. 9 umowy w taki sposób, aby przewidywał on maksymalną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy w stosunku rocznym, z maksymalnym łącznym poziomem waloryzacji w stosunku do całej umowy wynoszącym 25% wynagrodzenia netto.

Podał także, iż w dniu 25.10.2021 r. - odwołujący wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia - projektowanych postanowień umowy. Zakresem zaskarżenia została objęta m.in. treść § 6 ust. 9 i 10 projektowanych postanowień umowy, zgodnie, z którą łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 5 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Przez łączną wartość korekt, o

której mowa w ust. 9 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia netto Konsultanta wynikającą z waloryzacji.

Odwołujący zakwestionował przedmiotowe postanowienia, jako naruszające przepisy art. 439 ust. 1-4 Pzp i art. 3531 kc oraz wnioskował o zmianę tych postanowień poprzez zwiększenie limitu waloryzacji do wartości (+/-) 5% wynagrodzenia netto w skali rocznej.

W dniu 18.11.2021 r. zamawiający - jeszcze przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania wniesionego w dniu 25.10.2021 r. - zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o dokonaniu zmian w treści SWZ. Zamawiający zmodyfikował projektowane postanowienia umowy w taki sposób, że ustanowił w § 6 ust. 9 umowy, iż łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji będzie na poziomie (+/-) 10% całkowitego wynagrodzenia netto.

Po dokonanej zmianie aktualne postanowienie § 6 ust. 9 umowy brzmi: Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Natomiast pkt 10 posiada treść, że „Przez łączną wartość korekt, o której mowa w ust. 9 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia netto Konsultanta wynikającą z waloryzacji”.

Podkreślił, że mając na względzie powyższe, wnosi niniejsze odwołanie względem treści SWZ - projektowanych postanowień umowy w nowym brzmieniu nadanym im w dniu 18.11.2021 r. Określenie maksymalnej wartości waloryzacji na poziomie 10% wynagrodzenia netto w realiach niniejszego zamówienia sprawia, że ewentualna waloryzacja miałaby w znacznej mierze charakter pozorny. Zamawiający w SWZ ustalił, że minimalny czas świadczenia usługi będzie wynosił 60 miesięcy, a maksymalny będzie wynosił 84 miesięcy (por. § 3 ust. 3 umowy). Z kolei wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji raz w miesiącu, począwszy od pierwszego miesiąca, za który zostanie wystawiona pierwsza faktura VAT (por. § 6 ust. 2 i 3 umowy). Jednocześnie ustanowiony limit wartości waloryzacji wynosi zaledwie 10% wartości wynagrodzenia za cały okres świadczenia usługi. Powyższe oznacza, że w ciągu co najmniej 60 miesięcy świadczenia usługi całkowita wartość wszystkich korekt wynikających z waloryzacji może wynieść maksymalnie 10% wartości wynagrodzenia całkowitego konsultanta. Zgodnie z przywołanymi postanowieniami umowy - pełne ryzyko wzrostu kosztów realizacji zamówienia o więcej niż 10 % ponosiłby wyłącznie konsultant. Biorąc pod uwagę aktualną sytuację związaną z dynamiką wzrostu kosztów świadczenia usług - w tym najbardziej istotnego w przypadku usług - kosztu wynagrodzeń osób realizujących zamówienie - wysoce prawdopodobnym jest, iż ustanowiony limit wartości waloryzacji zostanie wykorzystany po przeprowadzeniu kilkunastu waloryzacji miesięcznych. W takiej sytuacji - osiągnięcie limitu wartości waloryzacji w stosunkowo wczesnym okresie obowiązywania umowy wykluczy możliwość przeprowadzenia dalszych waloryzacji wynagrodzenia konsultanta, co oznacza przerzucenie na niego niekorzystnego wpływu uwarunkowań rynkowych polegających na obiektywnym wzroście kosztów świadczenia usługi. Zamawiający jako element współczynnika waloryzacji ustanowił wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej - ogółem, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wyliczony w odniesieniu do dnia składania Ofert (por. § 6 ust. 5). W ostatnich latach wzrost przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej stale rósł. Wpływ na ten wzrost mają przede wszystkim takie czynniki jak wzrost płacy minimalnej, rosnąca inflacja a także braki personalne na rynku pracy - w szczególności w sektorze projektowania, nadzoru i budownictwa.

Podał, że w wyniku analizy przeciętnego wynagrodzenia wg. ustaleń GUS można przyjąć, że w okresie od III kwartału 2015 r. do III kwartału 2021 r. - przeciętne miesięczne wynagrodzenie wzrosło aż o 45%. Dokonał także analizy mechanizmu waloryzacji przy założeniu wartości umowy na poziomie 10 mln zł i waloryzacji na poziomie ustalonym w SWZ po zmianie tj. 1 mln zł. W oparciu o dokonane ustalenie przedstawił wnioski, z których wynika, że:

1) po pierwsze z przeprowadzonej analizy dla umowy o wartości 10 mln zł netto, okresie realizacji umowy wynoszącym minimum 60 miesięcy oraz ograniczeniu waloryzacji wynoszącym 10% wartości netto umowy wynika, że waloryzacja wynagrodzenia będzie miała zastosowanie tylko do 40-41 miesiąca obowiązywania tej umowy - do tego czasu zostanie wykorzystany limit waloryzacji,

2) po drugie przyrównanie wartości dodanej do wynagrodzenia wynikającej z ograniczonej waloryzacji, która w tym przypadku wynosi 1 000 000,00 zł netto, do wartości, jaka powinna zostać dodana przy waloryzacji pełnej (rzeczywistej - bez ograniczenia) wynoszącej

1 945 506,00 zł netto, co daje różnicę w wysokości blisko 1 mln zł netto - co oznacza, że wynagrodzenie jest realnie zwaloryzowane w około 50% kosztów, jakie poniesie konsultant w związku ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia.

3) Dodatkowo należy również wskazać, iż waloryzacja wynagrodzenia uwzględniona w umowie dotyczy jedynie 80% wartości wynagrodzenia umownego (co wynika ze wzoru  $P_n = 0,2 + 0,8 \cdot W_w / 100$ ) i dotyczy de facto tylko części wzrostu/obniżenia wartości wynagrodzeń, natomiast brak jest waloryzacji 20% wartości umowy - dotyczącej wzrostu kosztów towarów i usług konsumpcyjnych. W świetle powyższego - waloryzacja, jaką przewidział zamawiający pokryje zaledwie około 50% rzeczywistych kosztów wzrostu wynagrodzeń, które poniesie konsultant. Jest to konsekwencją postanowień umowy, które kwestionuje odwołujący. Tego rodzaju skutki mogą zniechęcić potencjalnych wykonawców (konsultantów) do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu, co prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencyjności.

Podkreślił także, że przy tak ustalonym progu waloryzacji umowy, to konsultant poniesie stratę w wysokości stanowiącej różnicę między rzeczywistą wartością wzrostu kosztów wykonywania zamówienia, a limitem waloryzacji na poziomie około 10% wartości całej umowy (przy założeniu, że wynagrodzenie wyniesie 10 mln zł netto). Tak znacząca różnica nie tylko zniechęca- zdaniem odwołującego, do złożenia oferty na obecnym etapie postępowania, ale przede wszystkim może mieć daleko idące konsekwencje dla konsultanta realizującego umowę. Tak znaczny wzrost kosztów wykonywania umowy - bez realnej rekompensaty, jaką stanowi waloryzacja może doprowadzić do nieopłacalności wykonywania umowy, czy nawet do poniesienia przez konsultanta strat w związku z jej wykonaniem.

Podkreślił, że zasada waloryzowania wynagrodzenia w umowach długoterminowych służy nie tylko ochronie wykonawcy, zabezpieczając go przed negatywnymi konsekwencjami rosnących kosztów wykonywania zamówienia, lecz także ochronie zamawiającego, zabezpieczając go przed ryzykiem nagłego zaprzestania realizacji zamówienia przez konsultanta z uwagi na jego nierentowność. Konsultant będzie musiał określić swoją stawkę do 3 grudnia br., zatem będzie musiał podjąć próbę uwzględnienia w tej pierwotnej stawce - wzrostu kosztów płac w kolejnych siedmiu latach. Co istotne dynamika wzrostu płac w siedmioletnim okresie jest trudna do przewidzenia w aktualnych warunkach, podczas pandemii i rosnącym wskaźniku inflacji.

W konsekwencji może dojść do sytuacji, w której rzeczywisty wzrost kosztów świadczenia usługi przewyższy założenia konsultanta, a jednocześnie nie zostanie zrównoważony waloryzacją wynagrodzenia - po osiągnięciu jej stosunkowo niskiego limitu.

Może to spowodować, że rentowność realizacji usługi znacznie zmaleje, a w skrajnym przypadku może to nawet doprowadzić do powstania strat po stronie konsultanta, podczas gdy zasadniczym celem regulacji z art. 439 Pzp jest ochrona wykonawcy przed stratami.

Przedstawione okoliczności wskazują, że zamawiający ustanawiając limit waloryzacji do wartości 10% wynagrodzenia netto konsultanta - naruszył przepisy art. 439 ust. 1-4 Pzp ustanawiające obowiązek wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej dla umów, których przedmiotem są usługi - zawartych na okres dłuży niż 12 miesięcy, albowiem ograniczył waloryzację w tak znacznym stopniu, że ma ona charakter pozorny i nie zapewnia pokrycia realnych kosztów wzrostu świadczenia usługi w ciągu całego okresu jej realizacji. Tymczasem istotą waloryzacji jest zagwarantowanie równowagi ekonomicznej między stronami umowy oraz rentowności wykonywania zamówienia.

Podał, że kwestionowane postanowienia umowy w zakresie limitu waloryzacji naruszają w sposób rażący równowagę kontraktową stron i jako takie są sprzeczne z naturą stosunku umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zasadom współżycia społecznego. Wobec powyższego uzasadniony jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> kc. Przedmiotowy przepis ma zastosowanie względem umów w sprawie zamówienia publicznego na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 Pzp. Jednocześnie podniósł, iż ograniczenie wysokości wartości waloryzacji wynagrodzenia narusza przepisy art. 439 ust. 1-4 Pzp, bowiem zamawiający, co prawda spełnił wymóg wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych, jednak ograniczeniem wysokości maksymalnej wartości waloryzacji do 10% wartości całkowitego wynagrodzenia netto - w istocie doprowadził do sytuacji, w której waloryzacja ma charakter pozorny, gdyż będzie ona możliwa wyłącznie na początkowym etapie wykonywania umowy. Tym samym treść postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być badana również w aspekcie ich zgodności z naturą tej umowy oraz z zasadami współżycia społecznego.

Wskazał, iż w umowach o długim okresie obowiązywania - powyżej 3 lat - bardziej zasadnym i odzwierciedlającym charakter umowy jest przyjęcie odrębnych limitów waloryzacji dla konkretnych etapów wykonywania umowy lub odcinków czasu, w których wykonywana jest umowa - przy jednoczesnym ustaleniu dodatkowego górnego limitu waloryzacji odnoszącego się do całego okresu umowy - tj. jak proponuje odwołujący - na poziomie 25% wynagrodzenia netto. Podał, że odwołujący proponuje właśnie tego rodzaju rozwiązanie - wnioskując o ustalenie limitu waloryzacji w stosunku rocznym w wysokości 5% wynagrodzenia netto. Zauważył, że niewykorzystanie pełnego limitu waloryzacji nie będzie uprawniać konsultanta do przeniesienia różnicy na kolejne lata. Ponadto jak już wskazano,

odwołujący obok limitu rocznego proponuje wprowadzenie również limitu waloryzacji w wysokości 25% wartości wynagrodzenia netto - w całym okresie obowiązywania umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania w całości na posiedzeniu niejawnym oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Na wstępie prezentacji stanowiska, co do zarzutów odwołania podał, że w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający w dniu 18.11.2021 r. dokonał modyfikacji SWZ, treści § 6 ust. 9 umowy poprzez zmianę wysokości łącznej wartości korekt wynikających z waloryzacji z (+/-) 5% na (+/-) 10%. Mając powyższe na uwadze oraz zgodnie z wyrokiem KIO w sprawie sygn. akt KIO 3159/21, w związku z w/w zmianą projektowanych postanowień umowy - odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 25.10.2021r. stało się bezprzedmiotowe w zakresie zarzutu na treść postanowień umowy w ich brzmieniu sprzed zmiany. Jednakże nie można podać, iż zarzut naruszenia art. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 3531 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp nie był już rozpatrywany przed KIO w sprawie sygn. akt KIO 3159/21 w aspekcie dokonanej przez zamawiającego zmiany treści SWZ. Powyższa argumentacja rzutuje na konieczność odrzucenia odwołania z uwagi na treść art. 528 pkt 4 Pzp.

Wskazał, że Izba w orzeczeniu w sprawie o sygn. akt KIO 3159/21 uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. - poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego Konsultantowi. Odnosząc się do wyroku w sprawie sygn. akt KIO 3159/21 podał, że „(...) W odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu należy też wskazać, że odwołujący zaproponował nowe brzmienie zaskarżonego postanowienia projektu umowy, w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w stosunku rocznym. Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważa, że ustalenie waloryzacji na takim poziomie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych przez odwołującego przepisach, tj. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Na tę okoliczność odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów ani też kalkulacji potwierdzających zasadność zgłoszonego żądania.”

Zatem, skoro w wyroku KIO w sprawie dotyczącej w zasadzie tego samego zarzutu, a to wysokości wskaźnika waloryzacji +/- 5% w skali roku, rozszerzonego o dodatkowe żądanie odwołującego o ustalenie limitu maksymalnego łącznego poziomu waloryzacji w stosunku do całej umowy na poziomie 25%, to Izba rozpoznając sprawę ustaliła, iż zarzut ten nie potwierdził się, ponieważ odwołujący w żaden sposób nie wykazał zasadności swojego żądania.

Tym samym według zamawiającego odwołanie jest bezzasadne, ponieważ „Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego”,(patrz art. 528 pkt 4 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutu wskazał, że odwołujący zaproponował nowe brzmienie zaskarżonego postanowienia projektu umowy, w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 25% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w stosunku do okresu całej umowy. Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważa, że ustalenie waloryzacji na takim poziomie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych przez odwołującego przepisach, tj. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 353(1) K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Kalkulacja własna, którą przedłożył odwołujący w odwołaniu, bez załączenia dowodów potwierdzających prawidłowość przyjętych na tę okoliczność danych, w żaden sposób nie potwierdza żądania odwołującego. Podał, że w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp. stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem mechanizmu waloryzacji umownej jest, zatem, urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron oraz sprawiedliwy rozkład ryzyk kontraktowych.

Urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w sposób wskazany wyżej stanowi przewidywalne i dające się skalkulować ryzyko zarówno Wykonawcy jak i zamawiającego, co oznacza stabilizację kontraktową, jakże pożądaną dla obu stron umowy.

Jednym z głównych założeń zamawiającego poprzez wskazanie zakwestionowanej zasady waloryzacyjnej było to, że część ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji kontraktów przejmują wykonawcy, a część zamawiający. Takie podejście ma bowiem zapobiec sytuacji niekontrolowanego i nieograniczonego wzrostu kosztów inwestycji drogowych.

Celem wprowadzenia przez zamawiającego zapisów o waloryzacji jest to, aby wykonawcy wycenili w przedmiotowym postępowaniu ofertę w sposób profesjonalny i rzetelny. Istotnym, bowiem jest, aby cena oferty została skalkulowana pod kątem aktualnych kosztów usług i materiałów oraz dostępności na rynku niezbędnych kadr. Należy pamiętać, że nie zawsze wygrywa najtańsza oferta, a rzetelna wycena usługi pozwoli na skuteczną i należytą jej realizację.

Określenie zakresu waloryzacji w projektowanych postanowieniach umownych w sposób, który został zakwestionowany przez odwołującego stanowi przecież substrat obligatoryjnego wskazania klauzuli waloryzacyjnej wynikającej wprost z zapisów Pzp, który winien posłużyć zamawiającemu przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy zakwestionowaną klauzulę waloryzacyjną pozostawił niejako swobodę określenia jej elementów także wykonawcom (+/- 10% w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów)), mając przede wszystkim na względzie specyfikę zamówienia (np. w zakresie, jakie elementy kosztów są kluczowe i czy podlegają dużym wahaniom na rynku finansowym), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), a także analizy finansowe zamawiającego, co do przewidywanych zmian wynagrodzenia, jako Inwestora zamówienia publicznego. Powyższe, zatem nie pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, nie godzi w naturę stosunku prawnego, a na pewno nie narusza równowagi kontraktowej stron.

Zdaniem zamawiającego dostrzeżenia wymaga, iż zaproponowany w piśmie odwoławczym mechanizm waloryzacyjny tj. wprowadzenie zmian postanowienia § 6 ust. 9 umowy w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy w stosunku rocznym służy do sanowania błędów wykonawcy dokonanych w trakcie kalkulacji ceny oferty. Podkreślił, iż dopuszczenie w ustawie Pzp waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia.

Ponadto, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy ustawodawca przewidział obowiązkową zapłatę wynagrodzenia w częściach lub udzielenie zaliczki, zgodnie z wyborem zamawiającego (art. 443 Pzp) - przy czym obowiązek ten będzie dotyczył wszystkich kategorii umów. Powyższe znalazło zastosowanie w postanowieniach Umowy dotyczącej niniejszego zamówienia, a więc wynagrodzenie umowne jest wypłacane, częściowo, co miesiąc na podstawie faktury VAT.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło udział siedmiu wykonawców wskazanych w sentencji orzeczenia. Jednakże, na posiedzenie/rozprawę nie stawili się ani jeden pełnomocnik zgłaszających przystąpienie wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału oraz oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie nie jest zasadne.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy.

Na wstępie ocenie Izby podlegał zarzut zamawiającego w zakresie dopuszczalności rozpatrywania przez Izbę tego odwołania, gdyż zdaniem zamawiającego odwołanie winno podlegać odrzuceniu. Zamawiający swoje stanowisko motywował treścią orzeczenia Izby wydanego w sprawie z dnia 23 listopada 2021 roku o sygn. KIO 3159/21 wskazując, że Izba uznała, iż (...) „Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważa, że ustalenie waloryzacji na takim poziomie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych przez odwołującego

przepisach, tj. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. oraz art. 353(1) K.c. w zw. i art.

8 ust. 1 ustawy Pzp. Na tę okoliczność odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów ani też kalkulacji potwierdzających zasadność zgłoszonego żądania." Wobec powyższego zdaniem zamawiającego, odwołanie niniejsze jest bezzasadne, ponieważ odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

W nawiązaniu do stanowiska zamawiającego wskazać należy, że Izba w uzasadnieniu wyroku KIO 3159/21 uznała, że w związku z dokonaną przez zamawiającego - już po wniesieniu odwołania - zmianą skarżonego postanowienia SWZ, cyt. „aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania”, (.). „W niniejszej sprawie zamawiający dokonał modyfikacji s.w.z. w zakresie § 6 ust. 9 umowy. Tym samym w niniejszej sprawie czynność stanowiąca podstawę zarzutu przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy”...) „Wskazać należy, że modyfikacja specyfikacji warunków zamówienia jest nową czynnością zamawiającego, na którą wszystkim zainteresowanym wykonawcom przysługuje uprawnienie do złożenia odwołania. Izba nie może, zatem orzekać, co do czynności zamawiającego, która miała miejsce już po wniesieniu odwołania, a termin na jej zaskarżenie biegnie od momentu dokonania tej czynności rozumianego, jako jej ujawnienie w sposób przewidziany w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odnosząc się do powyższego, Izba w składzie orzekającym w tej sprawie odwoławczej, zwraca uwagę na dwie kwestie. Pierwszą z nich jest ustalenie, czy w wyniku zmiany treści SWZ po wniesieniu odwołania znika substrat zaskarżenia. Izba uznaje, że nie każda zmiana treści SWZ powoduje brak substratu zaskarżenia. W tym zakresie należy każdorazowo dokonywać indywidualnej oceny stanu sprawy. Izba stoi na stanowisku, że tylko zmiana SWZ powodująca, że mamy do czynienia z nowym stanem faktycznym, np. spowodowanym istotną zmianą opisu przedmiotu zamówienia, może być oceniona, jako skutkująca brakiem substratu zaskarżenia.

Natomiast w sytuacji, kiedy zmianie ulegają tylko pewne kwestionowane w odwołaniu parametry, co do których odwołujący nadal podtrzymuje zarzut, dopatrując się takich samych lub podobnych naruszeń, to substrat zaskarżenia nadal istnieje. Na podobne stanowisko, jak to zaprezentowane przez Izbę w tej sprawie, zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 sierpnia 2021 roku sygn. akt XXIII Zs74/21 uznał, że „Zauważyć, bowiem należy, że wykonawca nawet pomimo dokonania przez zamawiającego zmiany postanowień SWZ po wniesieniu odwołania, nadal upatrywał w nich tych samych naruszeń, jakie wskazał w odwołaniu i popierał zarzuty odwołania w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Izba zobowiązana była rozstrzygnąć powstały spór i nieuzasadnionym byłoby zdaniem Sądu Okręgowego oddalenie odwołania jedynie z uwagi na fakt, że zaskarżone postanowienia SWZ w dniu wyrokowania, nie brzmiały identycznie jak w dacie wnoszenia odwołania. Tym samym nie sposób podzielić forsowanej przez skarżącego tezy, iż Izba dokonała w niniejszej sprawie nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego i rozpoznała sprawę na nieaktualnym stanie faktycznym, nie uwzględniając w swoim rozstrzygnięciu dokonanej modyfikacji postanowień SWZ”.

Drugą kwestią jest związanie Izby wcześniejszym orzeczeniem Izby wydanym w tym samym postępowaniu o udzielenie tego samego zamówienia publicznego, pomiędzy tymi samymi stronami. Otóż Izba w wyroku o sygn. KIO 3159/21 wskazywała, że w wyniku analizy materiału dowodowego uznała, że w związku ze zmianą treści § 6 pkt 9 wzoru umowy brak jest substratu zaskarżenia i od tej zmienionej treści każdemu z zainteresowanych wykonawców będzie przysługiwało odwołanie do KIO. Według ustalenia tego składu orzekającego Izby na ww. wyrok nie została wniesiona skarga do sądu, a tym samym orzeczenie KIO stało się prawomocne.

W takim stanie faktycznym Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie nie była uprawniona do ponownej oceny, czy w sprawie o sygn. KIO 3159/21 w zakresie przedmiotowego zarzutu, nadal istniał substrat zaskarżenia i to odwołanie z tego powodu winno być odrzucone. Tym samym Izba zobowiązana była do przyjęcia stanowiska z ww. orzeczenia, że od zmienionej treści SWZ zarówno odwołującemu, jak i każdemu innemu podmiotowi będzie przysługiwała możliwość zakwestionowania zmiany postanowienia §6 pkt 9 wzoru umowy, poprzez wniesienie nowego odwołania do KIO. Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła oddalić wniosek- zarzut zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis 528 pkt 4 Pzp.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu wskazać należy, że co do zasady podstawą do uznania zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu, jest przedłożenie dowodów potwierdzających ich zasadność. Zgodnie z przepisem art 534 ust.1

Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nadto zasadnym jest przywołanie w tym zakresie stanowiska Sądu Okręgowego we Wrocławiu, wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga, 692/17 w którym sąd uznał, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Strona, która przeprowadza taki wywód, musi sprostać ciężarowi dowodu, gdyż twierdzenia i dowodzenia wymagają fakty składające się na podstawę faktyczną i prawną orzeczenia (por. wyrok SN z 17 października 2000 r., I CKN 1196/98).

W przedmiotowym stanie faktycznym występuje spór pomiędzy stronami, którego osią jest ustalenie, jaki współczynnik wartości waloryzacji wynagrodzenia należy przyjąć dla zespołu nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem w trakcie 5- 7 lat jego realizacji, tak aby siła nabywczą uzyskanego wynagrodzenia w najpóźniejszym okresie realizacji kontraktu, nie była zbyt niska. Zamawiający w treści § 6 pkt 9 przyjął współczynnik waloryzacji oparty o kwotę średniego wynagrodzenia podawanego w ogłoszeniu Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) i wynoszący maksymalnie 10% wynagrodzenia umownego. Odwołujący wywodził, że ustalenie współczynnika w takiej wysokości stanowi rażące naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron. Odwołujący wnosił o ustalenie tego współczynnika na poziomie 5% miesięcznego wynagrodzenia netto i maksymalnie 25% całej wartości kontraktowej.

Wracając do kwestii dowodowej Izba zauważa, że ustalony przez Izbę stan rzeczy jest o tyle nietypowy, że brak jest obiektywnej możliwości przedstawienia pewnego dowodu, z którego można by wywieść, jak wysoka będzie inflacja w okresie realizacji całego kontraktu i tym samym, na jakim poziomie winien być ustalony współczynnik waloryzacji wynagrodzenia.

Zauważyć należy, że strony przedkładały w tym zakresie różne dowody, przy czym żaden z nich nie był dowodem pewnym ani kategorycznym, gdyż były to dowody obrazujące z jednej strony dane historyczne, jak np. wzrost średniego wynagrodzenia, zmiany wskaźnika waloryzacyjnego w latach 2015 - 2021, progi osiągniętych waloryzacji w umowach o nadzór inwestorski itp., a z drugiej strony, były to prognozy niezbędnej waloryzacji wynagrodzenia

Konsultanta, tak aby uzyskać utrzymanie jego realnego wynagrodzenia ustalonego przy zawieraniu umowy, a także preferencje inflacji na następne lata opracowane między innymi przez Narodowy Bank Polski - Departament Analiz Ekonomicznych.

Tym samym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, należało przyjąć przedstawione przez strony dowody i stanowiska zaprezentowane w formie pisemnej i ustnej na rozprawie oraz dokonać ich oceny przez skład orzekający w świetle aktualnej sytuacji i na rynku pracy, prognoz gospodarczych i inflacyjnych także w oparciu o wiedzę i doświadczenie życiowe członków składu orzekającego Izby.

Niewątpliwym problemem przy ocenie żądania odwołującego jest sytuacja, jaka wystąpiła w czasie kilku ostatnich miesięcy, kiedy w sposób znaczący wzrósł stopień inflacji, skutkujący wzrostem cen szeregu towarów i usług, a tym samym nastąpiło zwiększenie presji na wzrost wynagrodzeń pracowników, gdyż realna wartość pieniądza znacznie się zmniejszyła.

Sytuacja związana z wzrostem inflacji i przedłożone przez zamawiającego wyliczenia wzrostu wskaźnika waloryzacyjnego w ostatnich 5-7 latach, nie mogą być podstawą do wyliczenia wskaźnika wzrostu cen i tym samym wysokości średniego wynagrodzenia pracowników w oparciu, o który następowałaby waloryzacja wynagrodzenia umownego.

Również przedłożone przez odwołującego prognozy inflacyjne - w tym także stanowisko dr hab. Pawła Nowickiego, nie są takim dowodem, na którym można oprzeć orzeczenie, gdyż są to tylko założenia i hipotezy, a także ocena własna, które mogą, ale nie muszą się nie spełnić.

Oceniając powyższe Izba uznała, że wykonawcy, którzy posiadają wiedzę o współczynniku waloryzacji wynagrodzenia zespołu konsultanta, a także mając wiedzę, co do kierunku możliwego rozwoju procesów rynkowych w krajach, których gospodarka jest częścią rynku Unii Europejskiej mogą z dużym prawdopodobieństwem tak oszacować koszty realizacji zamówienia, że będą w stanie złożyć ofertę z właściwą ceną. Zamawiający, jako element współczynnika waloryzacji ustanowił wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i wyliczony w odniesieniu do dnia składania ofert. Urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w sposób wskazany powyżej stanowi przewidywalne i dające się skalkulować ryzyko zarówno wykonawcy jak i zamawiającego, co oznacza

możliwość założenia stabilizacji ceny kontraktu. Izba wskazuje, że dopuszczenia w ustawie Pzp waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia. Celem jest utrzymanie wynagrodzenia Konsultanta na poziomie związanym z wzrostem lub spadkiem przeciętnego wynagrodzenia.

Nadto Izba wzięła pod uwagę stanowisko zamawiającego dotyczące rozkładu w czasie, kosztów realizacji tego zamówienia zaprezentowane na rozprawie, z którego wynika, że w trakcie realizacji zamówienia będą okresy, kiedy zaangażowanie personelu wykonawcy będzie dużo mniejsze niż na etapie samego wykonywania robót drogowych. W najdalszym okresie czasu w realizacji zadań będzie uczestniczyło tylko około 1/5 personelu zaangażowanego na etapie realizacji inwestycji, a więc możliwość niedoszacowania kwotowego zamówienia na ten okres jest minimalna w stosunku do ceny oferty. Nadto należy wskazać, że szereg kosztów, których wielkość byłaby wynikiem zmian przepisów prawa, np. zmian stawki VAT, minimalnego wynagrodzenia za pracę, wielkości składek i podatków od płac będzie zmieniana zgodnie z przepisem art. 436 pkt 4 lit b) niezależnie od zasad waloryzacji ustalonych w oparciu o przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba oceniając prawidłowość ustalenia maksymalnego współczynnika waloryzacji wynagrodzenia przez zamawiającego uznała, że poczynione ustalenia w tym zakresie są prawidłowe. Zamawiający oparł wysokość współczynnika na osiągniętych progach procentowych i kwotowych za nadzór nad robotami realizowanymi przez GDDKiA w ostatnich kilku latach, który wyniósł 7,64%. Nadto oparł się na prognozach NBP, z których wynika, że obecnie jesteśmy w okolicach szczytu inflacyjnego i w następnych okresach, wielkość inflacji będzie się stabilizowała oraz ulegała obniżeniu. Tym samym Izba uznała, że brak jest podstaw do zarzucenia zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp przy ustaleniu wysokości współczynnika waloryzacji wysokości wynagrodzenia zespołu Konsultanta, co może być podstawą uznania przez Izbę zasadności podniesionego zarzutu.

Nadto Izba nie stwierdza, aby została naruszona równowaga stron i tym samym został naruszony przepis art. 353<sup>1</sup> kc. Zamawiający niewątpliwie w oparciu o dostępne materiały dokonał ustalenia wysokości współczynnika waloryzacji wynagrodzenia. Podanie jego wysokości daje możliwość wykonawcom wyliczenie ceny ofertowej z możliwie niedużym ryzykiem, że kwota uzyskanego wynagrodzenia nie pokryje kosztów wykonywania zamówienia. Nadto zauważyć należy, że wysokość kosztów po stronie wykonawcy zależy także w dużej mierze od niego samego, gdyż w tak długim okresie czasu posiada niewątpliwie możliwość zatrudniania osób na określonej stawce wynagrodzenia, dopasowanej do jego możliwości finansowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że kwota waloryzacji na poziomie 10% jest adekwatna do bieżącego jak i prognozowanego stopnia inflacji, dlatego orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....